

A CONSTITUIÇÃO É UM DOCUMENTO VALORATIVO?

IS THE CONSTITUTION AN AXIOLOGICAL DOCUMENT?

ANDRÉ RAMOS TAVARES*

Resumo: O presente estudo tem como objetivo principal traçar uma visão panorâmica acerca das teorias *procedimentalistas* e *substancialistas*. Não se pretende aqui exaurir a questão, mas apenas apresentar ao interlocutor uma celeuma constante da Teoria da Constituição e que bem se poderia resumir como a discussão acerca da finalidade e funções do próprio texto constitucional.

Palavras-chave: valores, princípios, procedimentalismo, democracia, Tribunal Constitucional, substancialismo, originalismo, interpretação.

Abstract: The present paper intends to bring to the reader the existence of two constitutional theories: *interpretivist* and *noninterpretivist*. The main goal, here, which ought to be underlined, is not to scrutinize the theme, but only to give a general impression to the reader about the heated debate between both doctrines, a debate which could be easily summarized in a controversy concerning the functions of the Constitution itself.

Key-word: values, principles, procedural, democracy, Constitutional Court, substantialism, originalism, interpretation.

1. Considerações preliminares

Como se sabe, a segunda metade do século XX pode ser considerada como um novo marco para a ciência jurídica, isto porque neste período, subsequente à segunda guerra, um novo paradigma (sob o epíteto de Pós-Positivismo ou Neopositivismo), de lastro eminentemente axiológico, isto é, permeado por valores, veio a substituir uma vetusta ideologia, de origem híbrida (romano-canônica e iluminista), de que a lei haveria de ser *pura*, objetiva, imune a elementos de cunho subjetivo. Outro, inclusive, não é o magistério do constitucionalista espanhol Antonio-Carlos Menaut, o qual afirma que “na sua origem o termo ‘valor’ não pertencia ao Direito e não se fixou habitualmente na linguagem jurídica até bem adentrado o século XX”¹.

A justificativa para este pulular axiológico (ou, quiçá, *reflorescimento*) residiu na necessidade de se remoralizar o Direito. Este, no período do positivismo formalista, sob a

* Professor dos Cursos de Doutorado e Mestrado em Direito da PUC/SP; Livre-Docente pela Faculdade de Direito da USP; Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais.

¹ *Constitución, principios, valores*, p. 196.

batuta do império da razão, havia possibilitado a prática das mais espúrias barbáries, que, na “nova fase”, haveriam de ser expurgadas do leque de soluções tecnicamente admissíveis.

A inserção de valores como a dignidade da pessoa humana e a igualdade apresentara-se como o instrumento capaz de servir a esse objetivo, evitando-se futuras distorções como as ocorridas sob o estéril positivismo formalista.

Com este novo paradigma, majorou-se, portanto, a importância dos princípios no direito e no próprio corpo da Constituição. A premência dos princípios se tornou tal que, hodiernamente, não se admite, na maior parte dos estudos jurídicos, uma arquitetura constitucional que não os contenha, de forma que os mesmos podem ser considerados como o *espírito da Constituição* ou como seu *núcleo de identidade*. Daí o surgimento de uma corrente doutrinária, no âmbito do Direito Constitucional, que compreende a Constituição como um invólucro de valores sociais em sua essência.

A relativa popularidade deste novo paradigma, contudo, não impediu que a doutrina continuasse a formular teorias jurídicas desprovidas de qualquer lastro valorativo, como é o caso da conhecida teoria procedimentalista. Tampouco serviu para impedir os constantes ataques à atuação do Tribunal Constitucional, que seria o principal favorecido por este pulular axiológico, alcunhando-o de político, de legislador positivo, de ativista e usurpador da soberania e democracia popular. As críticas que se alinham a essa corrente doutrinária, no âmbito do Direito Constitucional, como não poderia deixar de ser, rechaçam a conclusão de que uma das principais funções da Constituição seria a de encampar os valores sociais. Tais objeções, contudo, não contam com um único fundamento, variando, no mais das vezes, as teses que dão sustentação às conclusões convergentes.

O presente artigo tem como objetivo principal traçar uma visão panorâmica acerca das principais teses e antíteses existentes. Não se pretende, aqui, exaurir, a questão, mas apenas trazer para o interlocutor uma celeuma constante da Teoria da Constituição, que bem se poderia resumir como a dúvida acerca da finalidade do próprio texto constitucional.

2. Teoria Processual da Constituição

De acordo com esta teoria, a Constituição se encontra desprovida de derivações valorativas. A Constituição, nestes termos, não possui qualquer conteúdo ideológico, predisposição ao humano, ao social ou ao econômico. Sua preocupação central seria apenas

estabelecer *procedimentos formais* de composição de interesses, quaisquer que sejam estes. Em outras palavras, quaisquer valores alcançados ao final de tal procedimento estariam necessariamente justificados/legitimados, desde que observados os passos previamente previstos. Trata-se de conceber a Constituição como uma espécie de instrumento asséptico em relação aos valores vigentes.

Em suma, o que esta corrente está a defender é que o conteúdo da Constituição seja quase que exclusivamente a previsão de procedimentos que estabelecem os meios para se alcançar decisões coletivas. Valores fundamentais ou substantivos, desnecessário dizer, ficam ao relento.

Duas são as premissas principais deste movimento: (i) neutralidade e; (ii) democracia.

A característica da neutralidade é de fácil explanação. Uma vez que o ordenamento constitucional não encampa valores, não há qualquer comprometimento com determinada ideologia. O resultado não será ilegítimo pelo seu conteúdo, afinal não há certo ou errado, mas o será por meio da análise do processo que o engendrou. Habermas bem explicita a tônica neutra da corrente formalista ao tratar da teoria do discurso que espousa: “A meu juízo o Princípio do Discurso deve ser situado num nível de abstração que é neutro relativamente à distinção entre moralidade e direito”².

Quanto à característica democrática dessa corrente, tal se assenta no fato de aceitar a premissa de que uma opção constitucionalmente valorativa tolhe o âmbito decisório do Legislativo do próprio povo. Alguns temas, em razão de sua importância, estariam sendo afastados do campo deliberativo popular se se tivesse uma opção constitucional de valores. Sobre este questão, em específico, tratar-se-á no próximo tópico.

Por outra banda, em uma teoria refratária à existência de pré-cometimentos limitadores da vontade popular conceder-se-á maior campo deliberativo aos indivíduos, a determinada comunidade.

Ademais, a concepção valorativa teria de partir de consensos sociais ou de valores amplamente aceitos, o que, nessa visão, nem sempre — ou raramente — seria possível.

² HABERMAS, Jürgen Três Modelos Normativos de Democracia. In: *Lua Nova*, n° 36, p. 52.

A teoria processual, frise-se, não é um modismo ou o resultado de uma única mente pensante. A seriedade desta teoria faz-se sentir na importância de seus defensores. Na Europa, tem-se Luhmann e Habermas. Nos Estados Unidos da América, John Hart Ely.

2.1. John Hart Ely e a teoria democrática

O autor americano, em obra de grande envergadura teórica, *Democracy and Distrust*, pretendeu estabelecer qual função, a ser exercida pela Constituição, seria a mais consentânea com os pressupostos democráticos da sociedade norte-americana. Pretendia, com isto, delimitar as atribuições do Judiciário norte-americano quando do exercício do controle de constitucionalidade (*judicial review*) cuja base é, como se sabe, a Constituição. Para Ely, as doutrinas já existentes, *interpretivist* e a *non-interpretivist*, teriam falhado nessa tentativa³.

A corrente *interpretivist* (ou *originalista*) defende que os únicos valores que poderiam ser erigidos contra a vontade da maioria, veiculada, usualmente, por meio da lei, seriam aqueles que se encontrassem patentes na Constituição (normas de clareza literal) e que bem representassem a vontade dos “*founding fathers*”, dos constituintes originários (“pais fundadores”) da Constituição norte-americana. Embora atraente, esta teoria não está imune a sérias falhas. A principal, e mais óbvia, encontra-se na existência de normas constitucionais cujo conteúdo não seria aferível em nenhum dos “quatro cantos” da Constituição⁴. A cristalização dos comandos (e valores) constitucionais no tempo seria contrária à própria concepção do constitucionalismo de promover a estabilização do Direito por meio de um documento escrito supremo.

A corrente do *noninterpretivism*, a qual defende a existência de *substantive values*, de valores substanciais na Constituição e, por conseguinte, que finda por atribuir ao Judiciário a função de identificar tais valores, é retumbantemente rechaçada por Ely. O principal motivo de suas críticas é que, embora a teoria interpretivista também apresente natureza antidemocrática⁵, dada a existência de normas constitucionais cujo conteúdo admite alta dose

³ “Nenhuma das teorias proferidas — nem aquela que garante aos nossos juízes derradeira soberania sobre as escolhas valorativas da sociedade e tampouco aquela que intentaria referir a escolha feita pela sociedade às crenças de pessoas que estão mortas a mais de um século — é inteiramente reconciliável com as assunções democráticas mais basilares de nosso sistema” (*Democracy and Distrust*, p. vii. Trad. livre).

⁴ “O documento constitucional mesmo, a bíblia do interpretivista, contém diversas provisões cujo convite se faz para procurar além dos seus quatro cantos — cujo convite, pode-se dizer, é o de se tornar um não-interpretivista — não pode ser rechaçado” (ELY, *op. cit.*, p. 13. Trad. livre).

⁵ “Incompatibilidade com a teoria democrática é um problema que parece confrontar interpretivistas e não-interpretivistas igualmente.” (ELY, *op. cit.*, p. 11. Trad. livre).

de subjetivismo, a teoria não-interpretivista é extremamente antidemocrática. Explica-se melhor. A premissa básica de tal doutrina, que é a existência de valores cujo conteúdo seria facilmente aferível, pragmaticamente não seria verificável. Nesse sentido, a tarefa de se identificar o seu conteúdo acabaria por recair nas mãos de algum órgão, no caso dos EUA e do Brasil, especificamente, de uma entidade que não contaria com responsividade eleitoral, a saber, o Judiciário.

Conceitos tais como do direito natural, princípios neutros, razão, tradição e consenso, e que poderiam sinalizar para a desmistificação do que seriam os valores substantivos de que a teoria não-interpretivista lança mão, são amplamente rechaçados pelo autor⁶.

Sobre o direito natural, por exemplo, Ely observa que, no caso da escravidão, nos Estados Unidos, “tal foi, inclusive, utilizada por ambos os lados”⁷, tanto pelos abolicionistas como pelos escravocratas. A razão, por sua vez, que seria o instrumento percuciente para propiciar ao exegeta (ao juiz, principalmente) uma interpretação imparcial dos termos constitucionais, é considerada ou como uma fonte vazia, tendo em vista que não existe apenas uma única forma de raciocínio, ou como “tão flagrantemente elitista e não-democrática que deveria ser esquecida, de pronto”⁸. Quanto ao argumento de que o raciocínio do juiz seria elitista, decorreria do fato de este advir dos rincões da classe média-alta, o que faria com que este desse maior relevância para assuntos envolvendo liberdade de expressão, associação, privacidade do domicílio, do que para questões como acesso ao trabalho, alimentos ou moradia⁹.

O que é, portanto, relevante, aqui, é o fato de o autor norte-americano ora comentado sustentar que a Constituição norte-americana não é um receptáculo de valores fundamentais. Reforçaria ainda mais este sentir, na concepção de Ely, a circunstância de a Constituição norte-americana não se referir em nenhum momento ao direito natural¹⁰.

Feitas essas considerações, a sua proposta é de que a Constituição norte-americana encontrar-se-ia voltada para a determinação de processos e estruturas governamentais

⁶ Também o rechaça Menaut. Para ele, como tais valores “não são jurídicos, são de difícil tradução a esta linguagem.” (*Op. cit.*, p. 199).

⁷ ELY, *op cit.*, p. 51

⁸ ELY, *op. cit.*, p. 59.

⁹ Cf. Ely, *Idem*, *ibidem*.

¹⁰ Para Ely, “estas pessoas (os founding fathers) certamente não tinham o direito natural em mente quando diversas das normas abstratas da Constituição foram inseridas e aprovadas, o que é, sem sombra de dúvida, uma das razões que a Constituição, em nenhum momento, se refere ao direito natural” (*op. cit.*, p. 39).

(Constituição estrutural-procedimental), não compactuando com a proteção de valores substantivos pré-determinados (em seu texto). Suas palavras são precisas: A Constituição americana é um processo de governo, e não uma ideologia governante¹¹.

Já a atuação do Judiciário, o exercício do controle de constitucionalidade (*judicial review*), por sua vez, assumiria, nesse contexto descrito por Ely, apenas uma função de *reforço* da representação (*representation-reinforcing*), de forma a evitar que minorias políticas fossem excluídas do *processo* democrático e o *processo* de governo estabelecido na Constituição. Não seria, pois, o Judiciário ou a Corte Suprema a ditar os valores (porque supostamente estabelecidos pela Constituição) aos demais “Poderes”.

2.2. Teoria organicista

Além da teoria procedimentalista acima identificada, cujas críticas são de ordem democrática, pode-se dizer que há uma teoria, igualmente crítica do substancialismo (da concepção valorativa), por acreditar que esta infirma a segurança jurídica.

Para esta corrente, a Constituição teria uma finalidade, por assim dizer, mais “clássica”. Afigurar-se-ia, nessa medida, como um documento organicista. É dizer, sua função haveria de ser a de estruturar o Estado, de limitar o poder, de ratear competências¹². Questões valorativas, principalmente as de cunho social, somente viriam a prejudicar a sobriedade do Direito.

3. Teoria dos valores substantivos (*substantive values*)

A teoria substancialista, conforme brevemente mencionado no intróito deste artigo, defende, enquanto função da Constituição, a adoção de determinados valores/princípios reputados relevantes para sociedade e, por conseguinte, a sua retirada do âmbito decisório popular. Objetivamente falando, o que tal teoria está a significar é que determinadas matérias encontrar-se-iam fora do alcance democrático; não seriam afeitas à deliberação popular.

¹¹ “O que a distinguiu (a Constituição norte-americana), e, inclusive, os próprios Estados Unidos, foi a adoção de um processo de governo, e não de uma ideologia governante” (ELY, *op. cit.*, p. 101).

¹² Cf. Menaut, *Constitución, Principios, Valores*, p. 213.

Alguns autores alinhados a esta tese vêm com angústia as formulações procedimentalistas, conforme bem demonstra a indagação do renomado constitucionalista norte-americano Laurence Tribe:

Por que juízes reflexivos e acadêmicos continuam a alimentar teorias procedimentalistas como se tais teorias pudessem banir controvérsias acerca de valores substantivos do reino do discurso constitucional, pelo relegar destas ao não-confiável mundo do poder?¹³.

O centro deste questionamento residiria na constatação simples (resultado oposto, mas verificação similar à de Ely) de que as normas constitucionais, pelo menos as principais, encerrarem valores substantivos. Nesse sentido, Tribe, de forma irônica, pontua, quando à Constituição norte-americana, em oposição ao apresentado por Ely:

Liberdade religiosa, vedação à escravidão, propriedade privada — muito de nossa história constitucional pode ser escrita com referência nestas instituições sociais e valores substantivos. Que a Constituição há muito se refere a estas questões não causará espanto a ninguém. *O que é embaraçoso é que alguém possa dizer, em razão desta realidade, que a Constituição se preocupa ou deveria se preocupar, predominantemente, com processo e não substância.*¹⁴.

Outro doutrinador de peso nessa discussão, Cass R. Sunstein, trilha pela mesma senda das críticas ao procedimentalismo. Registre-se que seu ponto de vista, ainda que semelhante, não é idêntico ao de Tribe. Cass Sunstein, ao contrário de Tribe, o qual se restringe às normas principiológicas, adota uma argumentação pautada na linguagem e na interpretação.

Para Sunstein, alguns termos constitucionais, como *equal protection*, não apresentam significações pacíficas, sentidos “pré-interpretativos”¹⁵, em suas palavras. Muito pelo contrário. A regra é que todo texto legal exige do intérprete que este vá além da semântica, que se paute em princípios de sustentação (*background principles*), princípios estes que serão informados por considerações morais¹⁶.

Importante ressaltar, aqui, que a teoria axiológica da Constituição não necessariamente defende a existência de valores absolutos. Em outras palavras, não está a esposar a idéia de *Imperativo Categórico*, de Kant. O ponto principal desta doutrina reside na simples aceitação

¹³ *Constitutional Choices*, p. 10.

¹⁴ *Constitutional Choices*, p. 11. A título de curiosidade, frise-se que este autor rechaça a teoria de Ely, de que a Constituição viria a proteger as minorias, no processo político. O seu principal argumento é a impossibilidade de se determinar o que compõe uma minoria.

¹⁵ *The Partial Constitution*, p. 102.

¹⁶ *Op. cit.* p. 102-103.

de que a Constituição encampa valores, ainda que os mesmos não tenham significação unívoca¹⁷. Este, aliás, parece ser um ponto de discórdia entre certos procedimentalistas e substancialistas, que, se bem compreendido, poderia permitir certo diálogo entre essas correntes.

4. *Substantive values* e o Judiciário

A adoção de uma teoria axiológica da Constituição apresenta algumas implicações, conforme anota Menaut: “*os princípios devolvem o protagonismo aos juízes, abrem fissuras nas pirâmides normativas e relegam a segundo plano as questões de autosuficiência, ‘completude’ do ordenamento jurídico*”¹⁸. Em outras palavras, a concepção da Constituição como um “pacote de valores” pode findar por conceder amplos poderes aos juízes, uma vez que serão estes os órgãos responsáveis por dirimir eventuais dúvidas (não tão eventuais, a bem da verdade) acerca do significado de determinado princípio.

A constatação é a de que certas teorias podem resultar na delegação de amplos poderes aos juízes. Contudo, esta conclusão não vem desacompanhada de outras conseqüências. A principal está na circunstância de que a solução da dúvida acerca do conteúdo de determinado princípio resultará não da aplicação de critérios objetivos, os quais inexistem, mas sim daquilo que o magistrado creditar ser o conteúdo do princípio.

O que ocorre, a partir deste momento, é que eventual celeuma que envolva uma lei proveniente do Legislativo, órgão de cariz democrático, e determinado princípio constitucional será resolvida de acordo com as preferências do próprio juiz, um funcionário de carreira, desprovido de legitimidade e responsividade (*accountability*) democrática.

Daí o temor e a justificativa da doutrina procedimentalista da Constituição em suas críticas quanto à teoria valorativa, e que faz com que aquela, por conseqüência, passe, da mesma forma, a atacar o Judiciário, em específico os Tribunais Constitucionais, pretendendo vedar sua atuação no âmbito das escolhas valorativas. Ao Tribunal Constitucional, do ponto de vista da doutrina procedimentalista, competiria apenas a atribuição de se conformar àquelas escolhas valorativas realizadas pelos órgãos e instituições legitimadas para tanto, como, por exemplo, o Parlamento.

¹⁷ Cf. Sunstein, *op. cit.*, p. 102.

¹⁸ *Constitución, Principios, Valores*, p. 195.

Nesse sentido, qualquer atuação do Tribunal que visasse a aferir determinada escolha valorativa seria alcunhada, pejorativamente, como uma atuação *política/ativista* e, por conseguinte, indevida.

5. A crítica ao Judiciário e as questões políticas

A título acautelatório, cumpre traçar uma distinção entre as críticas ao Judiciário feitas pelos defensores da *teoria procedimentalista*, daquelas cujo embasamento parece ter como lastro um hipotético corte epistemológico entre sistema político e sistema jurídico. Esta última, embora apresente alguns pontos de conexão com a primeira, não pretende contestar a atuação antidemocrática do Tribunal. O seu ponto de partida é outro, a saber, a existência de um sistema político e de um sistema jurídico que não se confundem ou que não se poderiam confundir. Trata-se, aqui, de um problema referente mais à teoria do conhecimento, quiçá de filosofia do Direito, do que, propriamente, uma preocupação de ordem democrática.

Feita esta distinção, frise-se que as críticas pautadas em uma suposta divisão entre político e jurídico acabam por não ser muito eficientes, dada a imprecisão do próprio termo “político”. Historicamente, a limitação que se erigia ao *judicial review*, o qual estava impedido de julgar questões políticas, considerava como *político* aqueles assuntos afeitos ao Poder Executivo e Legislativo, assuntos que lhes eram típicos (enquanto função). Esta definição, de *per si*, não apresenta muita *coerência*, na medida em que, se fosse levada ao extremo, o *judicial review* redundaria natimorto, demonstrando o acerto dessa conclusão a constatação de sua finalidade precípua, qual seja, a de realizar o controle de constitucionalidade de leis, leis estas que são fruto de função típica do Legislativo, bem como o controle dos atos do Executivo.

Esta mesma crítica enfrenta dificuldades maiores na medida em que a distinção entre político e jurídico somente poderia ser feita, com maior seriedade, em um Estado liberal, em que direitos individuais tinham como pressuposto a ausência do Estado (neste sentido, seriam direitos apolíticos). Em um Estado de bem-estar, contudo, com uma Constituição Dirigente, em que pululam normas programáticas, de impacto essencialmente político, porque dirigidas

exatamente aos órgãos políticos (Executivo e Legislativo), não há como se distinguir o político do jurídico com o rigor pretendido. Tais estão inexoravelmente vinculados¹⁹.

Nesse diapasão, e naquilo que aqui interessa, a crítica à atuação judicial nessa seara (política) só faria sentido se se considerasse o sistema judicial de atuação como desprovido de valores. Ao que parece, tratar-se-ia, aqui, então, de uma crítica com lastro ideológico nos vetustos ideais positivistas (à *Teoria Pura* de Hans Kelsen). Afinal, é especialmente nesta corrente doutrinária que os *valores* são considerados como corpos estranhos ao sistema jurídico.

Tal crítica, contudo, há de ser rechaçada. Torna-se impossível falar em um sistema jurídico hermeticamente fechado. Com Luhmann, não há como se negar a existência de uma abertura cognitiva do sistema jurídico ao sistema político, cabendo ao Direito Constitucional o papel de fecho da abóbada, o acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político.

6. Considerações gerais sobre as teorias contrárias ao substancialismo

Apresentaram-se, aqui, críticas à concepção axiológica da Constituição. A teoria processualista, contundente e séria, ataca tanto a teoria de valores substantivos da Constituição como a atuação do Tribunal Constitucional. Seu objetivo é desqualificar aquele que é considerado como o principal intérprete valorativo da Constituição, em sistemas que perfilham o modelo de supremacia dos Tribunais Constitucionais.

A teoria processualista não ataca, gratuitamente, a teoria de valores substantivos ou do *noninterpretivism*. A sua contestação se dirige, em grande parte, contra uma das decorrências da teoria neopositivista, qual seja, a de servir de base para a concessão de enormes poderes ao Judiciário (transformando-o, nas palavras de Cappelletti, no terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador), e conceder tais poderes, em maior grau, ao Tribunal Constitucional, os quais seriam desprovidos da *democratic accountability* (responsividade eleitoral). De certa forma, critica-se a *tiranía dos valores* (na linha de Carl Schmitt), valores estes que seriam amplamente manipulados pelo Judiciário ou por outra instituição, conforme observa Menaut, o qual adverte que “não é impossível que sejam (os valores) mais bem a ética que o intérprete da constituição, os partidos e os meios de

¹⁹ Isso não quer dizer, contudo, que não se deva promover uma certa auto-contenção do Judiciário, especialmente quanto às funções típicas e arranjo orgânico dos demais “Poderes”.

comunicação dominantes *impõe* à maioria”²⁰, em detrimento da Soberania Popular/Democracia. Esta, ao menos, é a crítica de Hart Ely e parece ser a da teoria processualista adotada por diversos autores.

Mas não é apenas isto. A teoria processualista critica asperamente a hipertrofia do texto constitucional, em razão da chamada enxurrada do social. Isso estaria a engendrar uma crescente perda da força normativa da Constituição e, por conseguinte, uma insegurança no Direito Constitucional. “Aos valores dão-se variadas interpretações e não dão segurança ao litigante”, lembra Antonio-Carlos Pereira Menaut²¹.

A sugestão comumente apresentada é a de que a Constituição há de ser um documento auto-reflexivo, disciplinador, no máximo, de mecanismos procedimentais, de um *iter* de auto-regulação.

Para finalizar, cumpre tecer uma singela contestação à teoria processual. Tal seria a mesma contestação que Charles Taylor dirigiu a Isaiah Berlin, quando este atacou toda e qualquer tentativa de se estabelecer valores absolutos. Disse Charles Taylor: o homem se diferencia dos animais exatamente por ser propositivo (*purposive beings*). O ser humano estabelece propósitos, traça projetos de acordo com aquilo que acredita ser o certo, o melhor. É, portanto, da natureza humana intentar esposar valores. Isto se comunica à Constituição, um documento humano. Afinal, a Constituição é um resultado cultural, e assim deve ser compreendido. Tentar negar isto seria negar a própria natureza humana. Negar a assunção de valores pela Constituição é, em grande medida, ignorar alguns dos principais comandos consagrados nas constituições contemporâneas. O problema está, em larga medida, portanto, no delimitar a extensão das diretrizes (valorativas) já incorporadas no momento constitucional, e não em negar-lhes ou ignorar-lhes a existência. O problema está, assim, em traçar a medida da liberdade de conformação reservada ao legislador e ao Executivo, sob pena de se promover um retrocesso ao formalismo inconsequente.

²⁰ *Op. cit.*, p. 201. Este mesmo autor, em trabalho crítico aos termos da Constituição da União Européia, lembra que a União Européia corre o risco de que todas as questões controvertidas sejam decididas pelo judiciário, os quais se transformariam nos sumos-sacerdotes da sociedade, tal como ocorrido no Canadá. (*Three Critiques of the European Constitution*, p. 5)

²¹ *op. cit.*, p. 205.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Porto Alegre: SAFE, 1993.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

HABERMAS, Jurgen. Três Modelos normativos de Democracia. In: *Lua Nova* n° 36, 1995.

MENAUT, Antonio-Carlos Pereira. Constitución, Principios, Valores. In: *Dereito, revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 13, n° 1, 2004. _____. Three Critiques of the European Constitution. In: *The Federal Trust for Education and Research*, www.fedtrust.co.uk/eu_constitution.

SUNSTEIN, Cass R. *The Partial Constitution*, 2ª printing. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

TAYLOR, Charles. What is wrong with negative liberty. In: Robert M. Stewart, ed. *Readings in Social and Political Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1985

TRIBE, Laurence H. *Constitutional Choices*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.